

Ciudad de México, a 5 de febrero de 2019

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Avenida Santa Fe número 505, piso 14,
Colonia Cruz Manca, Delegación Cuajimalpa,
Ciudad de México, C.P. 05349

P R E S E N T E.

Ref. Comentarios al Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos

RICARDO RÍOS FERRER, en mi carácter de apoderado legal de la sociedad RIOS FERRER, GUILLEN-LLARENA, TREVIÑO Y RIVERA, S.C., señalando como domicilio para oír y recibir notificaciones el ubicado en Av. Insurgentes Sur 1605, Piso 12, Col. San José Insurgentes, Del. Benito Juárez, C.P. 03900, Ciudad de México, correo electrónico ricardo@riosferrer.com.mx, respetuosamente expongo:

Por medio de la presente, comparezco ante esta Comisión Federal de Competencia Económica ("Comisión" o "COFECE" indistintamente) a efecto de presentar los siguientes comentarios al *Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos* ("Criterios Técnicos") publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 11 de diciembre del 2018, adjuntos al presente como ANEXO 1.

Por lo anteriormente expuesto, atentamente solicito a esta Comisión se sirva:

ÚNICO.- Tenerme por presentado en términos de lo dispuesto por el presente escrito, y tomar en consideración los comentarios al Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos expuestos por el presente.

ATENTAMENTE.



Ricardo Ríos Ferrer

ANEXO 1

Comentarios al “Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos”

I. Secreto Profesional en México y su Regulación.

El secreto profesional constituye un principio fundamental en el sistema legal mexicano. La inviolabilidad de las comunicaciones generadas entre un abogado y su cliente no admite excepciones al ser una medida de protección a los derechos humanos que deviene de las garantías constitucionales de defensa, protección a la intimidad, inviolabilidad a las comunicaciones privadas, entre otros, consagradas por los artículos 6, 14, 16 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM” o “Constitución”, indistintamente); y que es también reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de los que México es parte.

En términos de las disposiciones legales aplicables descritas mas adelante, el secreto profesional consiste por un lado en el deber del abogado de preservar de forma confidencial toda la información, documentación y demás elementos que le hayan sido entregados por su cliente con el objetivo de producir una debida defensa en el ejercicio de su profesión; y por otra parte resulta en un derecho frente a la autoridad, que impiden el abogado sea obligado a hacer del conocimiento de una autoridad los hechos o elementos que pudieran estar relacionados con la posible comisión de un hecho ilícito o que la información revelada por su cliente en el ejercicio de su profesión pueda servir como medio de prueba.

De acuerdo con el artículo 2590 del Código Civil Federal el abogado que revele a la parte contraria los secretos de su cliente o suministre datos que lo perjudique, será responsable de todos los daños y perjuicios, independiente de la responsabilidad penal que pudiera aplicar. Asimismo, el artículo 90 del *Código Federal de Procedimientos Civiles*¹ determina que las **personas sujetas al ejercicio del secreto profesional están exentas de prestar auxilio a los tribunales en averiguaciones** a la verdad y de exhibir documentos que tengan en su poder.

Por su parte, el artículo 36 de la *Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México* establece que los profesionistas, incluidos los abogados, **estarán obligados a guardar el secreto de los asuntos confiados por sus clientes, salvo por informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas**. Este precepto es de suma importancia dentro del análisis y desarrollo del presente, ya que del mismo podemos extraer dos

¹ Mismo que es supletorio de la Ley Federal de Competencia Económica.

elementos fundamentales: el primero, la salvedad que dicho artículo consagra respecto la preparación y entrega de informes por parte del abogado a solicitud de una autoridad es la única limitante al ejercicio del secreto profesional que actualmente se encuentra en la legislación; y el segundo elemento es el establecimiento de un principio de legalidad respecto la jerarquía normativa que debe cumplirse en caso de querer imponer reglamentación o excepción al ejercicio del secreto profesional.

En materia penal encontramos también diversas disposiciones que velan por la protección de la secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente. El artículo 117 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (“CNPP”) establece como **obligación del defensor la guarda del secreto profesional** en el ejercicio de sus funciones; en la misma tesitura el artículo 125 de dicho ordenamiento jurídico determina que la autoridad tiene la obligación de implementar todo lo necesario para que el detenido pueda entrevistarse de manera privada con su defensor con el objetivo de recibir la asesoría necesaria. En este orden de ideas, el artículo 362 del CNPP determina que será inadmisibles el testimonio de las personas que tengan el deber de secrecía por razones de su profesión, incluyendo expresamente a los abogados; y finalmente el artículo 244 del CNPP en comento determina que **no estarán sujetas al aseguramiento las comunicaciones y cualquier información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas obligadas al ejercicio del secreto profesional**, y en todo caso **serán inadmisibles como fuente de información o medio de prueba**.

Lo descrito con anterioridad resulta relevante en términos de lo determinado por la Tesis Aislada I.1o.A.E.194 A (10a.) emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, por virtud del cual se determina con base en lo expuesto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que **el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en los enjuiciamientos de orden penal guardan similitud con los procedimientos administrativos de responsabilidad**; siendo entonces que la interpretación de los principios constitucionales del derecho administrativo sancionador le serán aplicables los derechos penales sustantivos en la medida que resulten compatibles².

Como resultado de lo antes expuesto, resulta evidente que el secreto profesional es un elemento fundamental para el correcto ejercicio de la abogacía en México, y para poder garantizar una debida defensa legal, garantía consagrada por nuestra Constitución y Tratados Internacionales de los que México es parte. La violación de las comunicaciones privadas y confidenciales entre abogados y clientes, privilegiadas por el secreto profesional, aún en el contexto de una investigación en materia de competencia económica, pudiera resultar en violaciones flagrantes a los derechos fundamentales de los agentes investigados y sus abogados.

² Tesis I.1o.A.E.194 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, enero de 2017, p. 2721.

II. Violación al principio de legalidad y subordinación jerárquica.

Los Criterios Técnicos son violatorios al principio de legalidad y jerarquía normativa, toda vez que a través de estos la Comisión pretende establecer excepciones al secreto profesional no previstas en la Constitución ni en la propia Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”).

El artículo 28 de la CPEUM y la LFCE son las disposiciones sustantivas torales aplicables al derecho de competencia económica en México, sin embargo, ambos ordenamientos son omisos respecto a la reglamentación del secreto profesional en las comunicaciones generadas entre abogado-cliente en materia de competencia económica.

La fracción XXII del artículo 12 y el artículo 138 de la LFCE facultan a la COFECE para la elaboración y expedición de criterios técnicos, con el objeto de dar debido cumplimiento de sus facultades y obligaciones previstas en la LFCE, así como la correcta aplicación de esta, es decir, reglamentar disposiciones ya previstas por las normas sustantivas. Sin embargo, la LFCE no prevé regulación alguna o excepciones al privilegio del secreto profesional previsto en la CPEUM y la legislación referida anteriormente. En este sentido, y tomando como base el principio de legalidad y de jerarquía normativa aplicables al secreto profesional, los Criterios Técnicos que pretende aprobar esta Comisión no cuentan con la jerarquía normativa necesaria para condicionar, excepcionar o regular el ejercicio del secreto profesional en su ámbito.

Por lo tanto, se puede entender que la Comisión al pretender emitir los Criterios Técnicos los cuales regulan y condicionan el secreto profesional en el ámbito de su competencia se encuentra fuera de sus facultades regulatorias otorgadas por la misma LFCE, ya que cualquier disposición que busque regular el secreto profesional debe estar prevista en una ley de naturaleza sustantiva producto de un proceso legislativo, y no en disposiciones de naturaleza adjetivas.

III. Alcance protección del secreto profesional / Comité Calificador

En adición al punto anterior referente a la violación del principio de legalidad, al pretender regular el secreto profesional a través de un criterios técnicos y no una norma legislativa, es de resaltarse que los Criterios Técnicos limitan la garantía a la inviolabilidad de la comunicaciones entre abogado cliente sujetas al secreto profesional al establecer que solamente se podrá calificar como información protegida aquella que *“...conste en comunicaciones entre los Solicitantes y sus abogados cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad de obtención de asesoría legal externa”*. Si bien no encontramos en la legislación actual una definición de secreto profesional o la información que puede ser objeto de protección, también es cierto que la Comisión no puede a través de estos Criterios Técnicos limitar el alcance de dicho derecho únicamente a aquellas comunicaciones que tengan como fin obtener asesoría legal externa,

siendo que la legislación se refiere en términos generales a todas las comunicaciones entre un abogado y su cliente.

De acuerdo con los términos previstos en los Criterios Técnicos, se limita la protección de las comunicaciones generadas entre el Agente Económico investigado y su abogado, únicamente al abogado externo, es decir dejan fuera al abogado que preste asesoría legal dentro de la empresa o empresas que se estén investigando. Esto implica una limitación importante al ejercicio de la abogacía, pues significaría que en materia de competencia económica, para que un Agente Económico pueda recibir asesoría donde le sean garantizados todos los derechos fundamentales, únicamente podrá acudir con un abogado externo, lo que significa que sus abogados internos no podrían asesorarlo ni conocer temas de competencia económica. Más aun se podría llegar al absurdo de que el abogado externo y el abogado interno no podrían intercambiar comunicaciones, situación que en la práctica es usual ya que los abogados internos muchas veces sirven como canal de comunicación y coordinación entre el abogado interno y el Agente Económico.

En tanto no se prevea en una norma sustantiva, la Comisión no puede atribuirse a través de los Criterios Técnicos la facultad de definir a su entera discrecionalidad que comunicaciones estarán excluidas de la investigación por estar sujetas a la protección del secreto profesional, máxime sin establecer reglas o criterios claros que sirvan de base para realizar dicha clasificación.

Cabe destacar que el Estatuto Orgánico de esta Comisión no prevé la creación o atribución de facultades al Comité Calificador referido en los Criterios Técnicos, para realizar actividades de análisis y clasificación de información sujeta a la protección del secreto profesional, siendo que el Estatuto Orgánico es el ordenamiento jurídico que por su naturaleza establece la estructura orgánica y las bases de la operación de una institución pública. En este sentido, los Criterios Técnicos por su naturaleza de acuerdo a lo determinado por la LFCE, no son la vía para crear ni facultar a un Comité Técnico, por lo que, de aprobarse los Criterios Técnicos, la Comisión estaría actuando fuera de las facultades otorgadas por la LFCE.

IV. Sujeto titular del deber/derecho de secrecía de las comunicaciones entre abogado y cliente.

Los Criterios Técnicos prevén un procedimiento específico para la clasificación y exclusión de la información que, a juicio de la Comisión, esté sujeta a la protección que otorga el secreto profesional, mismo que iniciará mediante la presentación de la solicitud de clasificación correspondiente por parte del solicitante, definido éste como *“cualquier persona que realice una Solicitud de Clasificación sobre información de la que es titular ...”*. Esto significa que el sujeto encargado de acudir ante la Comisión para solicitar la clasificación de la información protegida por secreto profesional sería el Agente Económico que recibe la asesoría legal de un abogado, y quien es sujeto de un proceso de investigación ante la Comisión o ha recibido algún requerimiento como tercero coadyuvante en alguna investigación.

Al respecto, debe señalarse que los Criterios Técnicos en comento se encuentran redactados de forma equívoca, ya que el deber de velar por la protección de la información que se genere por la prestación de asesoría legal es el abogado, y no el Agente Económico que este recibiendo dicha asesoría.

Esta visión la confirma el criterio jurisprudencial PC.XXXIII.CRT J/12 A (10a.) emitido por el Pleno de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, el cual determina la procedencia del juicio de amparo contra la extradición de información sujeta al secreto profesional en inspecciones realizadas por la Comisión, donde se recoge lo siguiente: “... *por lo que se estima jurídicamente razonable la procedencia del juicio de amparo promovido por el abogado externo, quien para tal efecto debe identificar dentro de su universo la información que está sujeta a dicha protección...*”³. En virtud de ello, debe resaltarse que es precisamente el abogado, el titular del deber de secrecía de las comunicaciones generadas entre éste y el Agente Económico al que asesora, y por lo tanto, él es el encargado de definir que información y/o documentación esta sujeta al secreto profesional; por lo que es equivocado determinar que el Agente Económico sea el responsable de acudir ante la COFECE para la realización del procedimiento planteado, aunado a que la COFECE no se encuentra facultada para hacer un juicio de valor respecto las comunicaciones que están o no sujetas al secreto profesional.

Un elemento adicional que se debe tomar en cuenta, es que en la práctica el abogado se hace conocedor de la información otorgada por el Agente Económico para la prestación de la asesoría legal solicitada, y como parte de su ejercicio analítico y profesional genera una serie de documentos donde se expone o desarrollan los elementos o conclusiones a las que arribó fruto de su análisis, la titularidad de estos documentos generados no es atribuible al Agente Económico, si no al abogado, ya que es producto del trabajo profesional realizado por este último, y que además dicha documentación se encuentra protegida por el secreto profesional. En este sentido, dichos documentos deberán de excluirse del proceso de clasificación y exclusión previsto por los Criterios Técnicos, al no ser el Agente Económico el titular de estos.

Por el contrario, en caso de que se interpretara que tanto el Agente Económico como el abogado son titulares del derecho de secrecía, es importante precisar que los Criterios Técnicos señalan que la solicitud de calificación consiste en el “*escrito mediante el cual el Solicitante manifiesta que la información que se ha proporcionado o ha obtenido la Comisión en un procedimiento de investigación o derivado del mismo es susceptible a ser protegida (...)*”. Sin embargo, esto no significa ni puede interpretarse como una entrega voluntaria por parte del agente económico y exenta de protección en términos del artículo 16 constitucional, siendo que dicha entrega es resultado de un requerimiento de la Comisión o producto de una visita de verificación, donde la

³ Tesis PC.XXXIII.CRT J/12 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2018, p. 892.

Autoridad puede imponer medidas de apremio, y así lo manifiesta expresamente en sus oficios, en caso de que el Agente Económico no cumpla cabalmente con los requerimientos de la COFECE.

V. Derecho a la no autoincriminación

Los Criterio Técnicos pudieran implicar una violación al derecho de no incriminarse, el cual se encuentra reconocido por el artículo 20, apartado B, fracción II de la CPEUM.

El derecho a no incriminarse en materia penal se interpreta como que el inculpado se encuentra obligado a hablar, salvo en aquello que lo incrimine, por lo que este derecho a guardar silencio debe ser respetado y deben ser prohibidos los métodos engañosos para obtener una declaración. Aunque la naturaleza del derecho a la no autoincriminación es de índole penal, de acuerdo a la Tesis Aislada citada anteriormente, en los procedimientos de competencia deben ser aplicables los principios penales que resulten compatibles.

En este sentido, es importante enfatizar el riesgo planteado por los Criterios Técnicos, ya que en caso que la Comisión decidiera a su entera discreción, que la información y/o documentación otorgada por el Agente Económico no está sujeta a la protección del secreto profesional, y además sin existir un procedimiento para recurrir la decisión tomada por la autoridad, la Dirección General de la Comisión que conozca del procedimiento se hará sabedora de dicha información pudiendo utilizarla para acreditar la posible comisión de un hecho ilícito, lo que implica además de una vulneración al derecho de no autoincriminación, una violación al derecho de recibir una defensa adecuada, ya que de actualizarse dicho escenario el Agente Económico se encontraría en estado de indefensión que pudiera generar la configuración de daños de imposible reparación.

VI. Conclusiones

Como se expuso con anterioridad, la aprobación de estos Criterios Técnicos implicaría un ejercicio excesivo por parte de la Comisión respecto sus facultades regulatorias, en clara violación a los principios de reserva y supremacía de ley que le atañe al secreto profesional.

Asimismo, la aplicación de los Criterios Técnicos en los términos propuestos resultaría en contravención a los derechos y garantías fundamentales que consagra nuestra Constitución, principalmente a los derechos de inviolabilidad de comunicaciones privadas, defensa, intimidad, no autoincriminación y legalidad.

Si bien coincidimos con esta Autoridad que es fundamental generar una regulación correcta y eficiente del secreto profesional que permita a su vez a la Comisión cumplir con sus fines en

materia de competencia económica, dicha regulación debe tener como fundamento el respeto y protección de las garantías constitucionales fundamentales, como la creación de una unidad o área dentro de la Comisión que sea independiente de la Autoridad Investigadora y de la Secretaría Técnica, que este debidamente facultada para analizar, calificar y excluir todas aquellas comunicaciones generadas entre el Agente Económico y el abogado sujetas al secreto profesional, donde esta área o unidad actúe bajo una serie de criterios y normas que den certeza jurídica respecto a las comunicaciones que pueden o no considerarse protegidas.

Finalmente, es de suma importancia se tomen en cuenta las resoluciones y criterios que dicte el Poder Judicial en este ámbito, ya que esto brindaría la certeza necesaria respecto las facultades y atribuciones de la Comisión en esta materia.